



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2012.0000064774

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, da Comarca de Suzano, em que é agravante BANCO ITAÚ BBA S/A sendo agravados CERÂMICA GYOTOKU LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e DELOITTE TOUCHE TOHMATSU CONSULTORES LTDA (ADMINISTRADOR JUDICIAL).

ACORDAM, em Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do recurso e, de ofício, decretaram a nulidade da deliberação da Assembleia-Geral de Credores que aprovou o plano de recuperação judicial, determinando o cumprimento, na íntegra, deste julgado, com observação. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARALDO TELLES E ROMEU RICUPERO.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2012.

Pereira Calças
RELATOR
Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

Comarca : Suzano - 4ª Vara Cível
Agravante : Banco Itaú BBA S/A
Agravados : Cerâmica Gytoku Ltda. (em recuperação judicial); Deloitte Touche Tohmatsu Consultores Ltda. (administrador judicial)

VOTO Nº 22.514

Agravo. Recuperação Judicial. Plano aprovado pela assembleia-geral de credores. Plano que prevê o pagamento do passivo em 18 anos, calculando-se os pagamentos em percentuais (2,3%, 2,5% e 3%) incidentes sobre a receita líquida da empresa, iniciando-se os pagamentos a partir do 3º ano contado da aprovação. Previsão de pagamento por cabeça até o 6º ano, acarretando pagamento antecipado dos menores credores, instituindo conflitos de interesses entre os credores da mesma classe. Pagamentos sem incidência de juros. Previsão de remissão ou anistia dos saldos devedores caso, após os pagamentos do 18º ano, não haja recebimento integral. Proposta que viola os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da propriedade,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial o princípio da "pars conditio creditorum" e normas de ordem pública. Previsão que permite a manipulação do resultado das deliberações assembleares. Falta de discriminação dos valores de cada parcela a ser paga que impede a aferição do cumprimento do plano e sua execução específica, haja vista a falta de liquidez e certeza do "quantum" a ser pago. Ilegalidade da cláusula que estabelece o pagamento dos credores quirografários e com garantia real após o decurso do prazo bienal da supervisão judicial (art. 61, 'caput', da Lei nº 11.101/2005). Invalidade (nulidade) da deliberação da assembleia-geral de credores declarada de ofício, com determinação de apresentação de outro plano, no prazo de 30 dias, a ser elaborado em consonância com a Constituição Federal e Lei nº 11.101/2005, a ser submetido à assembleia-geral de credores em 60 dias, sob pena de decreto de falência.

Vistos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

1. Trata-se de agravo manejado por **BANCO ITAÚ BBA S/A** insurgindo-se contra a decisão que homologou o plano de recuperação judicial de **CERÂMICA GYOTOKU LTDA.**, alegando, em síntese, que, em que pese a regra da soberania da assembleia-geral de credores, a aprovação assemblear não pode prevalecer quando a proposta é abusiva e configura "remissão integral da dívida prevista para o final dos 18 anos de pagamento". Esclarece que a proposta de pagamento é variável e depende do total sucesso da recuperanda no meio empresarial: concede 2 anos de total carência e, após, o plano prevê que 2,3% da receita líquida (faturamento menos impostos) no 3º ano, 2,5% no 4º ano e 3% do 5º ao 18º ano, serão destinados ao pagamento dos credores garantidos e quirografários. Até o 6º ano a totalidade desse dinheiro ou a metade dele (isso no 5º ano) será distribuído 'per capita' (o que fará com que todos os credores pequenos sejam pagos em prazo mais curto); o plano estima que em 18 anos a dívida (sem quaisquer juros) será liquidada. Isto é, a estimativa para os credores não é nada otimista, já que o plano projeta receitas crescentes – R\$ 276 MM no 1º ano a R\$ 864 MM no 18º ano. Ademais, se ao fim dos 18 anos ainda remanescer saldo credor, ele simplesmente se tornará insubsistente, isto é, haverá um 'perdão' de tal saldo (cap. 4.5, p. 53). Além disso, não há qualquer menção a critérios de governança, continuando a administração familiar da empresa. A previsão do plano,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

portanto, é a de tentar pagar com percentuais incidentes sobre a receita líquida ao longo de 18 anos e, se não lograr sucesso, haverá anistia do saldo devedor, em montante ignorado. Destaca que jamais se teve notícia de previsão de perdão em qualquer plano homologado pelo Poder Judiciário. Por isso, além de apresentar objeção ao plano, protestou durante a Assembleia-Geral de Credores contra a cláusula remissória, afirmando sua teratologia e abusividade. Realça que a Lei de Recuperação de Empresas não pode servir para fins impróprios que contrariem a moral e o ordenamento jurídico, invocando o art. 39, § 2º, que não pode servir de lastro para conduta fraudulenta, especialmente criando créditos fictícios para simular a aprovação do plano, como de fato ocorreu, sob pena de se violar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição albergado no art. 5º, XXXV, da Carta da República. O perdão dos créditos previsto no plano afronta o artigo 5º, 'caput', da Constituição Federal, por não respeitar o direito de propriedade dos titulares dos créditos anistiados, que não pode ser suprimido sem a expressa anuência do credor. Ressalta que o antigo Decreto-lei nº 7.661/45 permitia o perdão de 50% dos créditos, desde que o pagamento fosse à vista (art. 156, § 1º, inciso I). A Lei nº 11.101/2005 não se refere à remissão de dívida, havendo, destarte, uma lacuna legislativa, que deve ser suprida com fundamento no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

Civil, aplicando-se por analogia o dispositivo acima referido. Por fim, invoca o princípio de que "ninguém pode se aproveitar da própria torpeza", não se justificando que a inadimplência da recuperanda possa autorizar o pedido de recuperação da empresa com proposta de pagamento em parcelas irrisórias durante 18 anos e, ao final de tão longo prazo, se a empresa não estiver recuperada, conceder-se o perdão do saldo devedor (cujo valor não se sabe). Há ainda clara afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como à equidade prevista no art. 5º, da LIICC. Pede o provimento do recurso para ser excluída a cláusula que obriga os credores a outorgar remissão à devedora ao final do 18º ano, conforme consta do item 4.5 (Fixação do prazo de pagamento) do "plano de Recuperação Judicial" (fls. 2/13).

Sem pedido de efeito suspensivo, o recurso foi contraminutado (fls. 845/853), seguindo-se o parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça que alvitra o desprovimento (fls. 855/858).

Relatados.

2. Tem toda razão a agravante.

O plano aprovado pela Assembleia-Geral



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

de Credores alberga graves violações aos clássicos princípios gerais do direito, a diversos princípios constitucionais e às regras de ordem pública, não apresentando condições constitucionais, principiológicas e legais para ser homologado pelo Poder Judiciário. É importante ressaltar que nenhum plano de recuperação judicial pode ser aprovado quando não constar previsão clara e inequívoca do valor das parcelas de pagamento de cada crédito habilitado, as datas certas em que os pagamentos deverão ser realizados, e, principalmente, quando não se demonstrar que o princípio da igualdade dos credores de cada classe é religiosamente observado ("pars conditio creditorum"), o qual é de aplicação obrigatória em qualquer processo que discipline a insolvência de qualquer espécie de devedor.

Primeiramente, cumpre ressaltar que incide-se em grave equívoco quando se afirma, de forma singela e como se fosse um valor absoluto, a soberania da Assembleia-Geral de Credores, pois, como ensinaram Sócrates e Platão, as leis é que são soberanas, não os homens. Aristóteles, na *Ética a Nicômano*, fortaleceu a concepção de soberania da lei, harmonizando a idéia de justiça e equidade. O filósofo da UNICAMP, ROBERTO ROMANO, no magistral ensaio "Acima ou abaixo da Lei", menciona o escólio de Leonardo Bruni, pensador e político do Renascimento, ao definir equidade (*epikeia*). Diz o

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº 0136362-29.2011.8.26.0000

mestre renascentista: *"Epikēia é a parte da justiça que os jurisconsultos nomeiam 'ex bono et equo' (do que é bom e equânime). A lei é escrita de certo modo e deve, no entanto, ser interpretada segundo os critérios do bem e da equidade"* (De Interpretatione Recta). Prossegue o professor ROMANO: *"Mas, de outro lado, toda lei deve ser interpretada segundo a justiça. Nem descompromisso nem fetiche legal. A prudência indica o caminho: 'Quem dá a cada um o que lhe pertence porque conhece a verdadeira e necessária razão das leis age em constante acordo consigo mesmo e por seu próprio decreto, não por decreto alheio: ele merece, pois, ser reconhecido como justo'."* (Baruch Spinoza, Tratado Teológico-Político), 'in', O Estado de São Paulo, 25/12/2001, p. A2).

Na linha de tal ensinança, só se pode afirmar que a Assembleia-Geral de Credores é soberana, quando ela obedece a Constituição da República – seus princípios e regras – e as leis constitucionais. Se a Assembleia-Geral de Credores aprova pelo quorum estabelecido na Lei nº 11.101/2005 um plano que viole princípios ou regras, compete ao Poder Judiciário [que, como já afirmei, não é mero chancelador de deliberações assembleares – tanto que tem o poder-dever de não aplicar regras inconstitucionais] o dever de recusar a homologação ao plano viciado.

Em razão de tal entendimento, o plano de recuperação de empresa que se encontre em crise econômico-financeira não pode propor o pagamento do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

passivo em prestações a serem cumpridas por longos anos e em valores ínfimos considerados em proporção aos créditos que lhe foram concedidos em sua atividade empresarial, que tenham o potencial de acarretar aos credores sacrifícios superiores aos que eles suportariam no caso de falência da devedora. A recuperação da empresa só pode e deve ser deferida se a empresa devedora mostrar que não se encontra em situação de falência. Obviamente, se a empresa devedora pede um prazo muito longo para iniciar os pagamentos das parcelas propostas, e se o percentual a ser pago mostra-se vil ou iníquo, tal situação evidencia que a empresa não pode ser considerada recuperável por suas próprias forças, mas sim, pelo sacrifício excessivo imposto de forma injusta àqueles que lhe deram crédito, por acreditar que ela cumpriria a palavra empenhada.

Tal afirmativa se ajusta às idéias expostas no trabalho intitulado "Mercado e Responsabilidade", da pena brilhante do filósofo DENIS LERRER ROSENFELD, professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que, ao cuidar do capitalismo, afirma:

"O seu princípio, do ponto de vista moral, é a responsabilidade, cada um arcando com as consequências de suas ações, não cabendo transferência de responsabilidades. Maus negócios não são assegurados pelo Estado, mas de inteira responsabilidade dos que tomaram tais decisões, não cabendo ao contribuinte pagar por isso. As forças pró-mercado teriam, então,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº 0136362-29.2011.8.26.0000

como contraparte a responsabilidade moral. (...) A dimensão ética do capitalismo está na liberdade, na responsabilidade, na meritocracia, na recompensa do trabalho e do esforço, o que significa dizer que cada um deve arcar com as consequências de suas ações. Ou seja, não cabe a alguns ficar com os lucros e socializar os prejuízos..." ('in' "O Estado de São Paulo", 2/11/2011, A2).

Ora, o plano apresentado pela devedora, com proposta de que todos os credores das classes II e III receberão 2,30% do lucro líquido anual no décimo dia útil após período de 36 meses da data inicial de pagamento, viola frontalmente o artigo 61 da Lei nº 11.101/2005, o qual preceitua que, após a concessão da recuperação judicial, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 anos depois da concessão da recuperação judicial. Isto porque, nos dois primeiros anos após a homologação do plano, não haverá vencimento de nenhuma obrigação de pagamento em relação aos credores com garantia real ou aos credores quirografários. O prazo de supervisão judicial já terá transcorrido quando ocorrer o vencimento da 1ª parcela dos créditos com garantia real e dos créditos quirografários. A cláusula 4.3.2 alberga em si grave violação da Lei nº 11.101/2005, que, como é de trivial sabença, é norma de ordem pública. Sua violação pode e deve ser decretada de ofício pelo Juiz ou Tribunal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

E nem se diga que com a proposta de pagamento integral dos credores trabalhistas até o 12º mês após a data inicial de pagamento estar-se-ia cumprindo a Lei nº 11.101/2005, pois, como se sabe pacificado na doutrina, a exigência do art. 54 é imperativa, indisponível e irrenunciável, sendo que sua inobservância impõe a decretação da falência da recuperanda.

Não bastasse tal vício, ou seja, previsão de pagamento da 1ª parcela dos créditos com garantia real e quirografários após o decurso do biênio da supervisão judicial, há outra circunstância que impede a aprovação do plano, pois a cláusula de pagamentos fixada empiricamente em 2,30% no 3º ano, 2,50% no 4º ano e 3% a partir do 5º ano e até o 18º ano sobre a receita líquida projetada, impede que o Poder Judiciário ou o Ministério Público examinem com presteza o pontual cumprimento ou o descumprimento de tais obrigações com a conseqüente convolação em falência, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Para que o Poder Judiciário, o Ministério Público, o Comitê de Credores, o Administrador Judicial e, especialmente, "qualquer credor" possa aferir se ocorreu o inadimplemento de obrigação prevista no plano, é de rigor que este preveja com clareza, precisão e certeza qual o valor a ser pago a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

cada credor, e em que data ocorre o vencimento, enfim, o plano tem que ser "líquido", uma vez que, se houve seu descumprimento após o decurso do biênio supervisional, os credores poderão requerer a execução específica ou a falência, na dicção do art. 62. É de se indagar, e se não houver lucro líquido? Na medida em que o plano estabelece pagamento sobre a parcela da receita líquida, se esta não for concretizada nos termos da projeção, inexistirá obrigação de pagar qualquer valor. Em suma, o plano é surrealista e depõe contra a empresa Erimar - Consultoria Empresarial, encarregada de sua elaboração. O plano é ilegal.

No que concerne à cláusula que prevê:
"se a receita efetivamente realizada ficar aquém da estimada, haverá um saldo remanescente ao final do 18º (décimo oitavo) ano, sobre o qual outorgam os credores sobre ele remissão em favor da Cerâmica Gytoku Ltda., em recuperação judicial e seus co-obrigados, equivalendo os pagamentos até então realizados na quitação do passivo total sujeito à recuperação judicial, estendendo-se a quitação às garantias reais e fidejussórias prestadas" (fl. 53 do plano, fls. 412 deste instrumento), constata-se que ela viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade, da propriedade privada, sendo, portanto, antijurídica, inconstitucional e ilegal.

É sabido que o princípio da igualdade albergado no art. 5º, "caput", da Constituição Federal,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

ao proclamar que todos são iguais perante a lei, não permite tratamento desigual entre os credores que a lei classifica na mesma classe, visto que o postulado do "pars conditio creditorum" é a pedra angular sobre a qual se assenta qualquer tipo de processo judicial de insolvência. A cláusula que prevê a anistia do saldo dos créditos não integralmente pagos até o 18º ano pune os maiores credores, justamente aqueles que mais confiaram na empresa devedora e concederam a ela empréstimos de maior valor, favorecendo os credores por menor quantia que, obviamente, ao final dos dezoito anos, em tese, já terão recebido integralmente seus créditos. Tal cláusula tem o condão de colocar os credores de uma mesma classe (com garantia real e quirografários) em situação de flagrante colisão de interesses, os quais deixam de ter interesses homogêneos e passam a possuir interesses antagônicos, interferindo no resultado final da deliberação assemblear. Os titulares de créditos de menor valor, que receberão seus créditos em curto prazo passam a ter interesse de aprovar a cláusula, enquanto os credores com créditos maiores têm o interesse de rejeitar a proposta, uma vez que, além do alongamento do prazo de recebimento, têm praticamente a certeza de que não receberão a integralidade de seus créditos e ainda estarão, antecipadamente, perdendo parte de seus créditos em percentuais ignorados. Por este motivo, não se pode permitir que o plano proponha pagamento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº 0136362-29.2011.8.26.0000

diferenciado para credores da mesma classe, haja vista que, com tal expediente – obviamente ilícito –, o devedor poderá controlar o resultado da deliberação, que, em razão disso, será fulminada de nulidade, pois o quorum obtido resulta de manipulação fraudulenta da votação.

Dissertando sobre o conflito de interesses que pode ocorrer em uma Assembleia-Geral de Credores, o Professor da Academia de São Francisco, ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA afirma:

"Em franco descompasso com a Lei de S/A (art. 115, § 4º), o Código Civil não prevê a anulação das deliberações tomadas em decorrência de voto conflitante. Nos dois dispositivos em que cuida de conflito de interesses, a sanção estabelecida na lei civil é apenas a da responsabilidade por perdas e danos (arts. 1.010, § 3º e 1.017, parágrafo único). A Lei 11.101, infelizmente, não trata da matéria. E não faltarão hipóteses em que o interesse individual de determinado credor poderá ser substancialmente conflitante com o da coletividade, a exigir a anulação da deliberação. Não é fácil, entretanto, conceituar o que seja o interesse comum dos credores. Segundo uma autorizada opinião doutrinária, tal interesse consistiria no interesse que tem cada credor em, ao menos a médio prazo, minimizar os seus prejuízos, mediante a ampliação das disponibilidades da massa. Outras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais têm considerado contrárias ao interesse comum dos credores as deliberações: a) que causam prejuízo desproporcional, inadequado, para uma parte dos credores; b) que favorecem um credor em particular, ou um grupo de credores, especialmente os credores privilegiados ou com garantia real, ou ainda terceiros,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº 0136362-29.2011.8.26.0000

em detrimento da comunhão dos credores; c) que não são úteis a ninguém; d) que favorecem o devedor ou um terceiro sem qualquer vantagem para a massa. Como hipóteses mais concretas de conflito de interesses podem ser imaginadas, por exemplo, a de uma credora, indústria automobilística, que vote contrariamente à aprovação de plano de recuperação judicial viável por estar interessada na falência do devedor, seu concessionário, a fim de passar a concessão a outrem; ou do credor interessado na falência de seu agente ou distribuidor (art. 710 do CC), igualmente para transferir a outrem a agência ou a distribuição de seus produtos; ou ainda, do credor que tenha interesse na falência de seu devedor simplesmente por ser seu concorrente. Nesses casos, o voto desses credores na Assembleia-Geral que for deliberar sobre o plano de recuperação judicial do devedor (art. 45 da Lei 11.101) poderá ser materialmente conflitante com o interesse da comunhão de credores na aprovação daquele plano. De outra parte, seria problemático estabelecer-se aí uma proibição de voto, eis que não se pode dizer 'a priori' que o credor concorrente, por exemplo, tenha interesse na falência de seu devedor unicamente para aniquilá-lo. Se o plano de recuperação for inviável, é absolutamente legítimo que o credor vote pela sua desaprovação, no intuito de evitar mais prejuízos ainda. A recuperação judicial não é um valor absoluto como lembrado alhures. Mas é de todo conveniente que, em tais casos, o credor justifique cumpridamente o seu voto, eivado de natural suspeição, entregando declaração ao presidente da Assembleia. De outra parte, a disciplina do voto em conflito de interesses – que é uma espécie de abuso do direito de voto – destina-se a proteger o interesse do grupo sendo assim aplicável tanto ao voto da maioria como ao da minoria" (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, coordenação: Francisco Satiro de Souza Jr. E Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, Editora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2007, p. 192-193).

Nesta linha de entendimento, que adoto, quando a empresa em recuperação judicial, apresenta plano que propõe forma diferenciada de pagamento a credores integrantes de uma mesma classe (quirografários, com garantia real), como por exemplo, estabelecendo que os titulares de créditos de menor valor receberão seus pagamentos em prazo menor, como ocorre com o plano em exame, ou, ainda mais grave, prevendo-se que os maiores credores não receberão a integralidade de seus créditos e perdoarão a devedora em relação aos saldos não pagos, o conflito de interesses emerge com solar clareza, permitindo-se, com tal expediente, a manipulação do resultando da deliberação assemblear, atingindo-se o quorum do artigo 45 da Lei 11.101/2005 por meio da promessa de concessão de vantagens aos menores credores, deve o Poder Judiciário invalidar a deliberação, constituindo-se hipótese de nulidade, haja vista que a disciplina do quorum especial para a aprovação do plano é, evidentemente, matéria de ordem pública, que deve ser apreciada "ex officio" pelo juiz, ou seja, independentemente de provocação.

Anoto que, na conclusão do parecer apresentado pela Consultoria Empresarial Erimar, consta expressamente que *"este plano de recuperação judicial, fundamentado no*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº 0136362-29.2011.8.26.0000

princípio da 'pars conditio creditorum', implica novação objetiva e real dos créditos anteriores ao pedido..." (pag. 60 do plano, fls. 419 deste instrumento). Tal assertiva não é verídica, pois, da análise do plano, resulta evidente que não se observou tratamento isonômico aos credores das classes com garantia real e quirografários!

Calha relembrar o entendimento esposado pelo Desembargador MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, que, ao comentar o artigo 35 da Lei nº 11.101/2005, diz:

"Observe-se desde logo que o poder da assembleia geral não é decisório, não se substituindo ao poder jurisdicional. Evidentemente assembleia, constituída por credores diretamente interessados no bom andamento da recuperação, deverá levar sempre ao juiz as melhores deliberações, que atendam de forma mais evidente ao interesse das partes envolvidas na recuperação, tanto devedor quanto credores. No entanto, até pelo constante surgimento de interesses em conflito neste tipo de feito, sempre competirá ao poder jurisdicional a decisão, permanecendo com a assembleia o poder deliberativo, dependente da jurisdição para sua implementação nos autos do processo. Sem embargo, sempre que chamado à manifestação, a jurisprudência tem entendido que a decisão da AGC deve ser acatada pela jurisdição" (Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2011, p. 115-116).

Por isso, a observação feita inicialmente, no sentido de que a constante repetição de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

precedentes jurisprudenciais, inclusive desta Câmara especializada, diversos de minha relatoria, sobre a soberania da Assembleia-Geral de Credores, tem que ser complementada e aperfeiçoada, ou seja, as deliberações assembleares, construídas consoante os princípios e regras constitucionais e de acordo com as leis, são adjetivadas de soberania, a qual é haurida soberania da Carta Magna e do ordenamento legal. Se, porém, as deliberações da Assembleia-Geral forem maculadas por vícios, fraudes, simulações, manipulações, inverdades ou violações aos princípios morais, éticos, constitucionais ou às regras legais, devem ser nulificadas de ofício pelo Poder Judiciário.

Ademais, a cláusula em exame viola o direito de propriedade, garantido pelo art. 5º, inciso XXII da Carta da República, visto que, ao estabelecer a remissão dos saldos credores de qualquer valor não pagos até o 18º ano do parcelamento proposto, na prática, priva os credores que não receberem a integralidade de seus créditos dos respectivos saldos, perpetrando autêntico confisco determinado por uma deliberação assemblear viciada, vulnerando também o art. 5º, LIV, da Lei Magna. Em suma: confisca-se a parcela dos créditos que não forem pagos até o 18º ano de vigência do plano recuperacional. É de se indagar: mesmo que a deliberação seja corretamente aprovada pela maioria, tem esta o poder



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

legítimo para decretar a supressão de parcela do crédito titularizado por credores minoritários? É ético, moral, justo ou legal alguém impor a outrem, coercitivamente, a concessão de perdão ou remissão a seus devedores?

Examinando-se o plano, verifica-se ainda outras ilegalidades evidentes. Ao tratar a forma de atualização monetária dos créditos admitidos, está proposta na cláusula 4.4 a aplicação da Taxa Referencial criada pela Lei nº 8.177/91. Até aí nenhum problema. Porém, na sequência, estabelece o plano: que a correção monetária "começará a incidir nos saldos do passivo da Recuperação Judicial da Gytoku a partir da data inicial de pagamento". Ora, na medida em que os pagamentos para os credores trabalhistas forem feitos no prazo de um ano a contar da concessão da recuperação e os credores com garantia real e quirografários deverão receber o primeiro pagamento em 36 meses, verifica-se que a atualização monetária está sendo parcialmente suprimida (fls. 411). São extirpados por 3 anos, os índices de atualização monetária!

Tal cláusula viola a Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, que determina a aplicação da correção monetária aos débitos judiciais. Ademais, vulnera o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, uma vez que tanto a doutrina como a jurisprudência proclamam que

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

a atualização monetária não é acréscimo, nem tem natureza de sanção, constituindo-se mecanismo econômico-jurídico que objetiva manter intangível o valor intrínseco da moeda, corroído pela inflação. A incidência dos índices integrais de atualização monetária dos créditos submetidos a processos de insolvência é tema que já foi harmonizado pela jurisprudência emanada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao tempo da vigência da antiga concordata, sendo editada uma das primeiras Súmulas daquela Corte, o verbete de nº 8, que determina a aplicação da correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva.

Causa espécie ainda a ausência de previsão de juros, pois, os credores da recuperanda, ao concederem prazo para o pagamento de seus créditos, têm o direito de receber a remuneração do respectivo capital, não se mostrando razoável a previsão de taxa de juros menor do que a legal, isto é, 1% ao mês, conforme dispõe o art. 406 do Código Civil. Em síntese: a devedora propõe pagar suas dívidas em longos 18 anos, em suaves parcelas cujo total jamais poderá ultrapassar 3% de sua receita líquida anual, se houver, e mais: sem juros!

Não bastassem tais ilegalidades e irregularidades, há também a questão dos prazos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

A recuperação judicial foi ajuizada em 30 de junho de 2010 (fl. 247). Não estando a petição inicial completa, em 4/8/2010 foi determinada a emenda no prazo de 15 dias (fl. 261). Deferido o processamento em 18/8/2010 (fl. 302), o plano foi protocolizado em 21/10/2010 (fl. 357). A assembleia-geral que aprovou o plano foi realizada em 15/3/2011. A decisão que concedeu a recuperação judicial foi proferida em 6 de junho de 2011 (fls. 828/840), com publicação em 9/6/2011 (fl. 841). Este agravo foi interposto em 20 de junho de 2011, vieram-me conclusos no dia 15/12/2011. Estou preparando este voto nesta manhã de 29/12/2011. Portanto, contando-se do ajuizamento do pleito de recuperação judicial, mais de 18 meses já se passaram e até agora os credores nada receberam. A empresa confessa um passivo de R\$ 221.315.390,45 (duzentos e vinte e um milhões, trezentos e quinze mil e trezentos e noventa reais e quarenta e cinco centavos) (fl. 383). No exercício de 2008 o prejuízo foi de R\$ 27,2 milhões; em 2009 o prejuízo aumentou para R\$ 54,6 milhões; em 2010, no balanço especial de 30/6/2010, o prejuízo já alcançava R\$ 54,1 milhões de reais (Análise das demonstrações de resultado apresentada pela ERIMAR (fl. 395). Todo o ativo imobilizado de propriedade da recuperanda (imóveis – terrenos e construção -, máquinas e equipamentos) foi avaliado em outubro de 2010 (fl. 422) no total de R\$ 119.285.000,00 (cento e dezenove milhões, duzentos e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

oitenta e cinco mil reais). Esta é a situação contábil, que nem sempre demonstra a real situação econômico-financeira da empresa devedora.

No meu entendimento pessoal a empresa Gyotoku não apresenta condições de superar a crise econômico-financeira em que está envolvida, vale dizer, não se mostra como uma empresa recuperável, estando em situação de quebra. No entanto, em atenção ao princípio da preservação da empresa, insculpido no art. 47, da Lei nº 11.101/2005, hei por bem, de ofício, decretar a nulidade da deliberação da Assembleia-Geral que aprovou o plano de recuperação judicial da agravada, em face das diversas violações constitucionais e legais, para determinar que, no prazo de 30 dias, seja apresentado outro plano de recuperação, que atenda aos requisitos acima referidos, especialmente o tratamento isonômico dos credores integrantes da mesma classe, a forma e modo de pagamento com valores e datas discriminados, suprimindo-se a previsão de remissão de saldo não pago, aplicando-se na íntegra os índices de atualização monetária, com disciplina dos juros moratórios, convocando-se com urgência a Assembleia-Geral de Credores, haja vista que o prazo improrrogável de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, está prestes a se encerrar, o que permitirá aos credores iniciar ou continuar suas ações e execuções, bem como aos titulares dos créditos

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

CÂMARA RESERVADA À FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

nº0136362-29.2011.8.26.0000

arrolados nos §§ 3º e 4º do art. 49, tomar as providências para a retirada do estabelecimento da devedora dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. O plano deverá ser votado pela Assembleia-Geral no prazo de 90 dias, sob pena de decreto de falência.

Determina-se vista ao Ministério Público de 1º grau para examinar o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor apresentado pela empresa ERIMAR, a fim de verificar eventual prática do crime previsto no art. 171 da Lei nº 11.101/2005 ou art. 342 (falsa perícia) do Código Penal ou outra infração penal.

3. Isto posto, pelo meu voto, conheço do recurso e, de ofício, decreto a nulidade da deliberação da Assembleia-Geral de Credores que aprovou o plano de recuperação judicial, determinando-se o cumprimento, na íntegra, deste julgado, com observação.

DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS
RELATOR